

Н. В. Дрёміна-Волок

*Головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту
Національної академії прокуратури України
LL. М, кандидат юридичних наук, доцент*

АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНІ ГАРАНТІЇ ТА РОЗВИТОК КОНЦЕПЦІЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Н. В. Дрёміна-Волок. Антидискриминаційні гарантії та розвиток концепції дискримінації у практиці Європейського суду з прав людини. – Стаття.

У статті аналізується становлення та розвиток концепції дискримінації у практиці Європейського суду з прав людини. Підкреслюється важливість інтерпретаційних змін у підході Суду щодо цієї концепції, зокрема, позитивна тенденція розширення меж її застосування. Аналізуються відповідні рішення Суду, акцентується увага на справах про прояви расової дискримінації як найсерйознішої форми дискримінації.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, права людини, дискримінація

Н. В. Дрёмина-Волок. Антидискриминационные гарантии и развитие концепции дискриминации в практике Европейского суда по правам человека. – Статья.

В статье анализируется становление и развитие концепции дискриминации в практике Европейского суда по правам человека. Подчеркивается важность интерпретационных изменений в подходе Суда к данной концепции, в частности, положительная тенденция расширения границ ее применения. Анализируются соответствующие решения Суда, акцентируется внимание на делах о проявлениях расовой дискриминации как наиболее серьезной формы дискриминации.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, права человека, дискриминация

N. V. Dromina-Voloc. Anti-discrimination guarantees and the development of the concept of discrimination in the practice of the European Court of Human Rights. – Article.

The emergence and development of the concept of discrimination in the practice of the European Court of Human Rights are examined in the ar-

ticle. The importance of interpretational changes in the Court's approach to the concept is emphasized, particularly the positive trend to expand the boundaries of its application. The author analyzes the corresponding decisions of the Court, and focuses on the cases of racial discrimination as the most serious form of discrimination.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, human rights, discrimination

Складний процес становлення та розвитку концепції дискримінації, що лежить в основі практики Європейського суду з прав людини, включав в собі нормативні зміни, зокрема, прийняття Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року про загальну заборону дискримінації, та інтерпретаційні зміни у тлумаченні Судом поняття «дискримінації». Європейський суд з прав людини повільно, але послідовно розширював межі та обсяг його застосування. Більш того, Суд визнає певні форми дискримінації, зокрема, расову дискримінацію, неприйнятною у жодних випадках.

Гарантії недискримінації, встановлені у статті 14 Конвенції, а саме право на «користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції,... без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою»¹, відповідно до встановленого Судом підходу, мають допоміжний характер та застосовуються у випадку порушення іншої матеріальної норми Конвенції. Як пише О. М. Арнардоттір, «принципове положення Європейської конвенції в області недискримінації, стаття 14, являє собою тільки допоміжне право з обмеженою сферою застосування. Відтак, не існує розгорнутих теоретичних досліджень щодо цієї статті, крім того, практика Європейського суду щодо застосування статті 14 вважається невизначеною та спірною»²...

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. – Офіційний вісник України, офіційне видання від 16.04.1998. – № 13, / № 32 від 23.08.2006 /, стор. 270.

² Oddný Mjöll Arnardóttir. Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights. – Volume 74 of International Studies in Human Rights. – Martinus Nijhoff Publishers, 2003. – 265 p. – P. 1.

Традиційно, як підкреслює О. Арнардоттір, «у правовій теорії обговорюється питання щодо різниці між формальною та матеріальною рівністю та недискримінацією. Різноманітні офіційні декларації у національному та міжнародному праві мають певний матеріально-правовий потенціал, однак за думкою більшості критично налаштованих вчених, існує тенденція, за якою антидискримінаційне право звужується до його формального компоненту під час застосування відповідних норм судовими органами. Формальний підхід, насамперед характеризується симетричним рівним поведінням в тому, що відноситься до рівності у визначенні домінуючих груп у суспільстві. Матеріальний підхід характеризувався би більш асиметричним застосуванням норм, що встановлюють рівність та недискримінацію»¹.

Антидискримінаційні гарантії, встановлені ст. 14 Конвенції, *de jure* мають матеріально-правовий характер, однак вченими та практиками неодноразово підкреслювався формальний підхід Суду до інтерпретації ст. 14, який обумовлюється текстуальними обмеженнями Європейської конвенції, судовою процедурою та формальною концепцією рівності. З процесуального боку, тільки можливі жертви мають право подавати скарги (окрім держав), але вони повинні спочатку вичерпати внутрішні засоби правового захисту в державі-учасниці; крім того, Європейський суд не поспішає робити висновки про дискримінацію, як вказує відповідна статистика. Найбільш обмежуючим фактором вважається формальне бачення Суду самої сутності дискримінації, що відповідає концепції прямої дискримінації, тоді як справи, що стосуються непрямої дискримінації, вирішуються Судом з великими застереженнями.

За думкою Р. О'Коннела, протягом останнього десятиліття, тим не менш, у рішеннях Суду можна виокремити тези, що доводять зміну його підходу до інтерпретації рівності від формального до матеріального. На відміну від формальної рівності, матеріально-правова концепція враховує, як жертви відчувають наслідки дискримінації. Головне питання, таким чином, полягає не в тому, чи закон встановлює відмінне поведіння, або чи дії держави вмотивовані упередженням, а в тому, чи є наслідком закону обмеження або виключення. Доктрина матеріально-правової рівності відобра-

¹ Ibid. – P. 5.

жає результати структурної нерівності, коли встановлення конкретного порушника, що вчиняє дискримінацію, є неможливим¹.

Парадоксально, проте, як вважає К. Бойл, однією з аномалій практики у сфері застосування Європейської Конвенції з прав людини, що має тривалу історію та вселяє оптимізм, є відносне нехтування принципами симетричної рівності та недопущення дискримінації як важливими рушійними елементами ефективного захисту прав людини. У преамбулі Конвенції в якості її джерела проголошується Загальна декларація прав людини. Проте найбільш революційним аспектом цього документу був принциповий акцент, який в ньому робився на рівність стосовно всіх прав і свобод. Рівність і загальність являють собою два нероздільних аспекти міжнародних норм в галузі прав людини. Однак в Європейській Конвенції цей принцип не буквального закріплення, а його включення в заборону на дискримінацію, що міститься в ст. 14, можливо, через саме формулювання цієї статті, діє таким чином, що це призводить до підпорядкування та маргіналізації поняття рівності².

Стаття 14, яка встановлює загальну заборону дискримінації стосовно застосування положень Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, деякими вченими характеризується як «беззуба» стаття, яка не може запропонувати реального захисту індивідуальним заявникам³.

Питання визначення терміну «дискримінація» та його основних елементів завжди викликала гострі диспути на теоретичному та практичному рівнях. Як зазначає О. Г. Осіпов, «міжнародні інструменти, національні закони і прецедентні рішення міжнародних органів та національних судів розуміють під дискримінацією неправомірне проведення відмінностей за будь-якою підставою. Дискримінацію можна представити як діяння (дію або бездіяльність), що характеризується сукупною наявністю наступних елементів:

¹ Rory O'Connell. Commentary, Substantive Equality in the European Court of Human Rights? – Michigan Law Review First Impressions, 2009, Vol. 107, p. 129. – available at: – http://qub.academia.edu/RoryOConnell/Papers/150858/Substantive_Equality_in_the_European_Court_of_Human_Rights.

² Бойл К. Стаття 14 нарешті-то обретає дійсність // Бюллетень ЕХРА. – Випуск 5. – 2006. – С. 1-3.

³ Jan Niessen, Isabelle Chopin. The development of legal instruments to combat racism in a diverse Europe. – Volume 6 of Immigration and asylum law and policy in Europe. – Martinus Nijhoff Publishers, 2004. – 323 p. – P. 31.

встановлення відмінностей на певній підставі, негативні наслідки, які настають або можуть наступити для однієї з сторін, між якими проводяться відмінності, довільний та необґрунтований характер подібного розрізнення»¹.

Практика Суду щодо застосування статті 14 Конвенції характеризується відсутністю її незалежного використання, тобто вона може застосовуватись тільки у поєднанні з іншими нормами Конвенції, встановлюючи принцип рівності їх застосування. Втім, хоча сама стаття 14 не встановлює незалежного права, практика Суду наділила її «автономним» характером. Це означає, що незважаючи на неможливість застосування статті 14 незалежно від інших норм Конвенції, Суд може встановити порушення статті 14 навіть після рішення про відсутність порушення матеріального положення, у поєднанні з яким було заявлено недотримання статті 14.

Ця концепція щодо застосування статті 14 була прийнята судом під час вирішення першої скарги про її порушення – у справі *Belgian Linguistics* (1968 р.), в якій шість груп заявників скаржилися, що деякі аспекти бельгійського законодавства, що регулюють питання використання мов у школах, не відповідають нормам Конвенції. Заявники, які були франкомовними мешканцями німецькомовної частини Бельгії та околиць Брюсселя, хотіли, щоб їхні діти отримували освіту французькою мовою. Суд вирішив, що стаття 2 Протоколу 1 не включає право на навчання мовою за вибором батьків. Так як стаття 2 в цьому відношенні не була порушена, Держава заявила, що стаття 14 в даному випадку не може бути застосована. Європейський суд на це встановив, що права, гарантовані Конвенцією, повинні розглядатись таким чином, нібито стаття 14 «є невід'ємною частиною кожної з статей, які встановлюють права та свободи»². Суд постановив, що порушення статті 14 може мати місце при її розгляді в поєднанні з іншою статтею Конвенції, навіть якщо ця інша стаття не була порушена. Суд зазначив: «Хоча вірним є те, що ця гарантія [статті 14] не має незалежного існуван-

¹ Осипов А. Г. Антидискриминационное законодательство и практика в России и зарубежных странах (расовая и этническая дискриминация): аналит. зап. / А. Г. Осипов. – М. : Новая юстиция, 2009. – 96 с. – (Юристы за конституционные права и свободы). – С. 9.

² «Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (*Belgian Linguistics*) (No.2) (1968). – *Essex Human Rights Review*, Vol. 1, p. 252, para. 9.

ня в тому сенсі, що відповідно до тексту статті 14 вона стосується тільки до «прав і свобод, записаних у Конвенції», міра, яка сама по собі відповідає вимогам статті, що гарантує право або свободу, що розглядається, може, тим не менш, порушувати цю статтю при її розгляді в поєднанні зі статтею 14 з причини свого дискримінаційного характеру»¹.

Аналогічну позицію займав Суд при розгляді справи *Rasmussen v. Denmark* (1984 р.). Суд вказав: «Стаття 14 доповнює інші матеріальні положення Конвенції та її Протоколів. Вона не має незалежного існування, так як має силу дії тільки у відношенні «користування правами і свободами», гарантованими цими положеннями. Хоча застосування статті 14 не обов'язково передбачає порушення цих положень – і в цьому сенсі вона має автономне значення – підстави для її застосування є тільки тоді, коли оспорювані факти входять в сферу застосування одного або більше інших положень Конвенції»². Розглядаючи справу *Van der Mussele v. Belgium* (1983 р.) Суд підтвердив, що «стаття 14 доповнює інші матеріальні положення Конвенції та її Протоколів. Вона може застосовуватися автономно, так як порушення статті 14 (ст. 14) не обов'язково передбачає порушення цих інших положень. З іншого боку, вона не має незалежного існування, так як діє тільки щодо відношення до «користування правами і свободами», гарантованими іншими матеріальними положеннями»³.

Європейський суд сформулював та використовував концепцію «допоміжного характеру» статті 14, тобто якщо Судом встановлено, що матеріальна норма, на порушення якої скаржаться заявники, у поєднанні зі статтею 14, є порушеною, Суд може не розглядати окремо порушення статті 14. Для вирішення питання, чи розглядати порушення статті 14 окремо, Суд застосовує критерій «основоположного аспекту», сформульованого у справі *Airey v. Ireland* (1979 р.). У цій справі заявник хотіла отримати рішення суду про роздільне проживання з чоловіком на підставі нібито наявного з його боку жорстокого поведіння з нею та їх дітьми. Вона не могла

¹ Ibid.

² *Rasmussen v. Denmark*. Application No. 8777/79. – ECHR Judgment of 28 November 1984. – para. 29.

³ *Van der Mussele v. Belgium*. Application No. 8919/80. – ECHR Judgment of 23 November 1983. – para. 43.

скористатися юридичними послугами, оскільки не мала достатніх коштів для оплати юриста та не мала права на безкоштовну юридичну допомогу. За розглядом її скарги, Європейська комісія з прав людини винесла одноголосне рішення про порушення статті 6(1) з причини фактичної відмови у праві на судовий захист. На думку Комісії, необхідно було також розглянути питання про порушення статті 14, проте Суд вирішив, що це є необов'язковим. Суд встановив, що «розгляд цього питання зазвичай не є потрібним у випадках, коли Суд встановлює порушення іншої розглянутої в рамках цієї справи статті, взятої окремо. Це питання вирішується протилежним чином, якщо очевидна нерівність у поводженні щодо користування правом, що розглядається, становить основоположний аспект справи, однак це не може бути застосовано при порушенні параграфу 1 статті 6 в цій справі; виходячи з цього, Суд не вважає за необхідне розглядати дану справу в контексті статті 14»¹.

Поняття дискримінації, яке використовується на сьогоднішній день Європейським судом з прав людини, було сформульовано у справі *Willis v. the United Kingdom* (2002 р.): «дискримінація означає відмінність у поводженні з людьми в схожій ситуації, якщо це поводження не може бути об'єктивно та розумно виправданим»². Сама Конвенція не містить визначення терміну дискримінація, більш того, формулювання статті 14 в різних перекладах викликало дуже суперечливе тлумачення цього терміну. Так, у французькому перекладі Європейської конвенції з прав людини використано термін «відмінність (*distinction*)», а в англійському тексті – «дискримінація (*discrimination*)». Очевидно, що ці поняття мають точки перетину, однак за змістом вони є абсолютно різними. Не кожна відмінність веде до нерівного поводження, не кожне нерівне ставлення є дискримінацією.

Європейський суд з прав людини ще у справі *Belgian Linguistics* щодо різного змістовного наповнення понять «відмінність» та «дискримінація» заявив наступне: «Крім цього, і зокрема, можна було б прийти до абсурдних результатів, якщо прийняти широке тлумачення статті 14, яке передбачає французький текст. Дійсно, довелося б визнати порушення Конвенції при розгляді будь-якого

¹ Airey v. Ireland. Application No. 6289/73. – ECHR Judgment of 9 October 1979. – para. 30.

² Willis v. the United Kingdom, Application No. 36042/97. – para. 48; ECHR 2002-IV, Judgement of 11 June 2002. – para 39.

правового чи адміністративного положення, яке не забезпечує кожному повну рівність у поводженні щодо користування визначеними правами і свободами. Компетентним національним органам влади часто доводиться стикатися з ситуаціями та проблемами, які з причини внутрішньо властивих їм розходжень вимагають прийняття різних правових рішень; більш того, певні ситуації правової нерівності сприяють виправленню фактичної нерівності. Відповідно, вищезазначене розширювальне тлумачення не може бути використане»¹.

Як зазначив М. Мін у доповіді на конференції «Боротьба проти дискримінації. Нові директиви на 2000 рік відносно рівності», «дискримінація – це порушення принципу рівності за забороненою ознакою. Тому поняття дискримінації тісно пов'язано та залежить від поняття рівності». У доповіді також підкреслено, що «дискримінація не є лише питанням відмінності. Не всі відмінності заборонені, і не всі відмінності носять дискримінаційний характер. Різне ставлення до людей може проявлятися в дозволеній манері»².

Для того, щоб встановити наявність або відсутність дискримінації, узагальнюючи практику Суду, за думкою В. Ванденхола, можна виокремити чотири необхідних елементи: відмінне поводження; схожі обставини (аналогічні умови, схожі ситуації – *comparability test*); наявність об'єктивного і достатнього обґрунтування (*justification test*); пропорційність використовуваних засобів і мети, на яку вони спрямовані («законна мета», *proportionality test*)³. Ці елементи підкріплені значною практикою Суду, починаючи з відомої справи *Belgian Linguistics*, в якій Судом встановлено, що «не всяке нерівне поводження призводить до порушення статті 14... В даному відношенні Суд вважає, що принцип рівності у поводженні порушується при відсутності об'єктивного і достатнього обґрунтування. Існування такого [об'єктивного і достатнього] обґрунтування має бути розглянуто у зв'язку з метою і наслідками розглянутого заходу, з урахуванням принципів, зазвичай перева-

¹ Belgian Linguistics, para. 10.

² Мишель Мин. Концепции прямой и косвенной дискриминации. Адаптированный текст доклада на конференции «Борьба против дискриминации. Новые директивы на 2000 год относительно равенства», 31 марта – 1 апреля, Трир. – режим доступа: <http://civilg8.ru/5922.php>.

³ Wouter Vandenhoele. Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies. – Intersentia nv, 2005 – 293 p. – P. 34.

жаючих в демократичних суспільствах. Різниця у поводженні в користуванні будь-яким з прав, зазначених у Конвенції, повинна не тільки переслідувати законну мету: стаття 14 також порушується, коли використовувані засоби і мета, на яку вони спрямовані, не є в достатній мірі пропорційними один одному¹.

Питання змістовного наповнення «відмінного поводження» не мало чіткої відповіді протягом майже всієї історії діяльності Європейського суду. У *Belgian Linguistics* Суд визначив, що «стаття 14 Конвенції не забороняє державі – члену Ради Європи поводитись з групами відмінно з метою усунення «фактичної нерівності» між ними, більше того, за певних обставин відсутність спроб усунути нерівність за допомогою відмінного поводження може сама по собі означати порушення статті 14 Конвенції»². Для визначення відмінного поводження у сенсі статті 14 Конвенції, практика суду пройшла еволюційний шлях від визнання порушення статті 14 тільки у випадках прямої дискримінації, до застосування непрямой дискримінації, основаної на фактичних результатах застосування, а не на змісті оспорюваного законодавчого або іншого заходу.

Концепція непрямой дискримінації довго залишалась неоднозначною та нечітко сформульованою у практиці Європейського суду. У справі *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* Суд зазначив, що стаття 14 стосується заборони дискримінації в користуванні правами, визнаними Конвенцією, остільки, оскільки вимоги Конвенції по відношенню до цих прав можуть дотримуватися по-різному. «Поняття дискримінації за змістом статті 14 включає, в загальних випадках, ситуації, при яких до особи або групи осіб застосовується, без належного обґрунтування, менш сприятливе поводження, ніж до інших осіб чи груп осіб, хоча більш сприятливе поводження не передбачено Конвенцією» – встановив Суд, таким чином поширюючи концепцію дискримінації на її «пряме» значення³. Суд встановив, що заявники не змогли довести, що імміграційні правила, наслідком яких стало виключення імміграції осіб з індійського субконтиненту, проводили відмінності між людьми за расовою ознакою. Розглянуті правила перешкоджа-

¹ *Belgian Linguistics*, para. 10.

² *Ibid.*

³ 26 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*. Application Nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81. – ECHR Judgment of 28 May 1985. – para. 82.

ли виникненню потенційних подружжів; в найбільш невідгідному становищі опинилися жінки, які бажали вийти заміж за чоловіків з індійського субконтиненту, де шлюби за домовленістю були поширеним явищем. Суд зосередив свою увагу на цілі оспорюваних заходів – захист ринку праці у Великобританії, таким чином, обмеживши застосування концепції «дискримінації» виключно її прямим змістом. Суддя Карілло у своїй особливій думці, що була підтримана суддями Мелькіор і Вейтзелом з Комісії з прав людини, дійшов висновку, що представлені імміграційні правила «в силу свого практичного побічного ефекту, в короткостроковій перспективі і за самою своєю ціллю є опосередковано расистськими»¹.

Тільки у 2001 році у справі *Hugh Jordan v. United Kingdom* Суд встановив, що Конвенція поширюється на непряму дискримінацію. У цій справі заявник стверджував, що обставини вбивства його сина свідчили про дискримінацію. За його свідченнями, між 1969 та 1994 роками співробітниками служби безпеки було вбито 357 осіб, переважна більшість яких становили молоді чоловіки-католики або молоді чоловіки-націоналісти. Порівнюючи загальне число загиблих з числом загиблих-протестантів, можна було довести наявність дискримінаційного застосування сили, а також недостатність юридичного захисту щодо одного з сегментів суспільства з причини приналежності до певної групи. Держава заявила, що в справі немає доказів того, що які-небудь з випадків застосування сили з летальним результатом, що мали місце в Північній Ірландії, були схожими, або що мала місце різниця у поводженні. Держава відзначила, що виключно статистика, яка не може бути абсолютною точною, не є достатнім доказом наявності дискримінації проти католиків або націоналістів. Суд встановив наступне: «Коли внаслідок загальної політики або заходів окрема група опиняється в особливо невідгідному становищі, не можна виключати, що це може бути визнано дискримінацією, незважаючи на те, що такий захід або політика не були спеціально спрямовані або націлені на цю групу». Суд додав, однак, що він:... «не вважає, що статистичні дані самі по собі можуть свідчити про наявність практики, яка

¹ Report of the European Commission on Human Rights adopted 12 May 1983 on *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*. Dissenting opinion of Mr. Carillo, Mr. Melchior and Mr. Weitzel, Members of the Commission, report. – P. 38.

може бути класифікована як дискримінаційна за змістом статті 14» та не встановив порушення на цій основі в цій справі¹.

У справі *Zarb Adami v. Malta* (2006 р.) Суд підтвердив, що «дискримінація, яка потенційно суперечить Конвенції, може бути результатом не тільки введення законодавчих заходів, а й фактичної ситуації». Ця справа стосувалося відправлення функцій члена журі присяжних у Мальті, які за твердженням заявника в більшості випадків покладалися на чоловіків. Взявши до уваги статистичні дані, Суд визначив, що цивільний обов'язок виконувати функції члена журі присяжних переважно покладался на осіб чоловічої статі, що є порушенням статті 14 у поєднанні зі статтею 4(3)(d) Конвенції².

Роком пізніше Європейський суд узагальнив свій підхід до прямої дискримінації у справі *D. H. and Others v. the Czech Republic*. Заявники, школярі циганського походження, були поміщені в «спеціальні школи», призначені для дітей з проблемами в отриманні знань, і не мали можливості відвідувати звичайні школи. Заявники стверджували, що поміщення їх у спеціальні школи було дискримінаційним щодо користування правом на освіту з причини їх етнічного походження, що порушувало статтю 14, розглянуту в поєднанні зі статтею 2 Протоколу 1 (право на освіту). Вони заявили, що до них було застосовано нерівне поводження в освітній сфері у порівнянні з дітьми нециганського походження. Різниця в ставленні полягала в тому, що циганських дітей відправляли у спеціальні школи без достатнього обґрунтування, де вони отримували освіту значно нижчої якості, ніж у звичайних школах, в результаті чого вони мали змогу отримати середню освіту тільки в спеціальних професійно-технічних центрах. Заявники зокрема стверджували, що дискримінація не обов'язково повинна бути навмисною і що будь-який захід може бути визнаний дискримінаційним через його практичні наслідки. Заявники надали значні статистичні дані, які доводили факт превалювання дітей циганського походження у спеціальних школах. Вони стверджували, серед іншого, що непропорційна велика кількість дітей-циган, що навчаються у спеціальних

¹ *Hugh Jordan v. United Kingdom*. Application No. 24746/94. – ECHR Judgment of 4 May 2001. – para. 154.

² *Zarb Adami v. Malta*. Application No. 17209/02. – ECHR Judgment of 20 June 2006. – paras. 76, 83.

школах, пояснюється расовою упередженістю, зокрема упередженнями щодо циган в галузі освіти та у суспільстві в цілому. У цій справі Велика Палата підтвердила позицію Суду стосовно непрямой дискримінації, встановивши її наявність за ознакою етнічного походження та визнала порушення статті 14¹.

Суд неодноразово підкреслював, що він не ставить метою обмеження права держав на самостійну побудову соціальної, економічної, культурної, політичної та інших політик. У *Belgian Linguistics* Суд зауважив, що для того, щоб «вирішити..., чи мало місце довільне (необгрунтоване) розрізнення, Суд не може не взяти до уваги правові риси та практичні особливості життя суспільства Держави-відповідача. Вчиняючи таким чином, Суд не може взяти на себе функції компетентних національних органів влади, так як в такому випадку це спотворило б допоміжний сенс міжнародного механізму колективного правозастосування, встановленого Конвенцією. Національні влади вільні вибирати такі заходи, які вони вважають доречними в цих питаннях, які регулюються Конвенцією. Суд лише визначає, наскільки ці заходи відповідають вимогам Конвенції»². У рішенні по справі *Ismailova v. Russia* Суд підтвердив, що «договірні держави наділені певною свободою розсуду при оцінці того, чи виправдовують і до якої міри виправдовують відмінності в однаковому (в інших відношеннях) становищі осіб різне поведіння влади з ними»³.

Важливо відзначити, що в низці нещодавніх справ Суд обмежив можливість обґрунтування дискримінації. У справі *Timishev v. Russia* Суд визнав, що різниця у поведінці, яка заснована тільки або у вирішальному ступеню на етнічному походженні особи взагалі не може бути об'єктивно обґрунтована в сучасному демократичному суспільстві, побудованому на принципах плюралізму та поваги до різних культур⁴. Цей підхід відповідає Директивам Європейського Союзу з расової рівності та за загальними стандар-

¹ D.H. and Others v. the Czech Republic. Application No. 57325/00. – ECHR Judgment of 13 November 2007. – paras. 175-210.

² Belgium Linguistics, para. 10.

³ Ismailova v. Russia. Application No. 37614/02. – ECHR Judgment of 29 November 2007. – para. 57.

⁴ Timishev v. Russia. Application Nos. 55762/00, 55974/00. – ECHR Judgment of 13 December 2005. – para. 58.

тами рівності, згідно з якими пряма дискримінація не може бути об'єктивно обґрунтована¹.

У справі *D. H. and Others v. the Czech Republic* (2007 р.) Велика палата визначила, що «коли різниця у поводженні ґрунтується на расі, кольорі шкіри або етнічному походженні, поняття об'єктивного і достатнього обґрунтування повинно інтерпретуватися максимально суворо»². Вона також визнала, що обґрунтування, запропоноване державою – що школярі були поміщені у спеціальні школи за результатами тестів, які показують їх низькі інтелектуальні здібності – не може заслуговувати довіри в світлі упередженого в культурному відношенні характеру цих тестів. Велика Палата вирішила, що «існує небезпека, що ці тести були упередженими в культурному відношенні і що їх результати не були проаналізовані з урахуванням характерних властивостей і особливих рис дітей циганського походження, які здавали ці тести. У цих обставинах результати тестів не можуть служити достатнім обґрунтуванням оспорованої різниці у поводженні»³.

Трансформації у підходах Суду свідчать про існування тенденції виникнення прямого зв'язку свободи розсуду держави з ознаками дискримінації. Закріплені у статті заборонені ознаки (причини) дискримінації є невичерпними і включають стать, політичні або інші переконання, расу, національне або соціальне походження, колір шкіри, належність до національних меншин, мову, майнове становище, релігію, народження та «будь-які інші ознаки» – інші ознаки, за якими заборонена дискримінація згідно з рішеннями Суду. Відповідно до практики Суду, будь-яке розрізнення може бути дискримінаційним. Це підтверджується фразою «будь-які інші ознаки» в статті 14, яка передбачає наявність додаткових підстав дискримінації (рішення про них приймається індивідуально в кожному конкретному випадку). Іншими словами, ознаки, перераховані в статті 14, є лише наочними прикладами категорій, які можуть лежати в основі незаконної дискримінації; відмінності, засновані на інших категоріях, також можуть бути забороненими.

Так, у справі *Engel v. Netherlands* (1976 р.) Суд розглянув питання про те, чи може військове звання бути забороненою озна-

¹ Ibid.

² D.H. and Others v. the Czech Republic, para.196.

³ Ibid., para. 201.

кою дискримінації. Він підкреслив, що перелік ознак, зазначених у статті 14 є «ілюстративним, а не вичерпним, що впливає зі слів «any ground such as». Суд також визнав, що слово «ознака» (status) може включати й військове звання¹.

Як зазначає П. Тейлор, практика Європейського суду доводить, що існують «особливі категорії» (*suspect categories*) – це підстави для дискримінації, які Суд піддає більш ретельному розгляду, ніж інші класифікації, шляхом застосування більш високих вимог до обґрунтування різниці у поводженні². У таких випадках державі важче обґрунтувати нерівне поводження; межі свободи розсуду Держави є більш вузькими. Обґрунтування різниці у поводженні за особливими ознаками вимагає наявності «вагомих причин» або дуже вагомих причин. Наприклад, у справі *Gaygusuz v. Austria* (1996 р.) Суд визнав, що для обґрунтування правомірності дискримінації за ознакою національного походження необхідні вагомі причини. Формула «вагомих причин» була використана в практиці Суду стосовно наступних «особливих ознак»: відмінностей, заснованих на расі, статевій належності; релігії; національності; народження дитини у шлюбі або поза шлюбом; а також сексуальної орієнтації. Останні три ознаки, на думку Суду, відносяться до «інших ознак» і вимагають такого ж рівня ретельності розгляду, як і випадки, пов'язані з першими трьома «особливими ознаками».

Питання расової дискримінації, відповідно до міжнародних тенденцій, отримала визнання й в Європейському суді як одне з найсерйозніших. У справі *East African Asians v. the United Kingdom* (1973 р.) Європейська комісія вперше підкреслила недопустимість расової дискримінації, більш того, віднесла її до форми катування. Комісія встановила, що «навіть без будь-якого розгляду статті 14 дискримінація, заснована на расовій приналежності, в певних обставинах може сама по собі прирівнюватися до такого, що знижує гідність, поводження у значенні статті 3 Конвенції».

Цю позицію Суд підтвердив у справі *Cyprus v. Turkey* (2001 р.), нагадавши, що «Комісія в своєму рішенні по вищезазначеній справі *East African Asians* визначила, що розгляд тверджень про расову

¹ Engel v. Netherlands. Application No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. – ECHR Judgment of 8 June 1976. – para. 72.

² Paul M. Taylor. Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice. Cambridge University Press, 2005. – 405 p. – P. 186.

дискримінацію вимагає особливо серйозного ставлення, і що відкрите виділення якої-небудь групи для відмінного поводження з причини расової приналежності, в певних обставинах, може вважатися особливо серйозною наругою над людською гідністю. На думку Комісії, відмінне поводження до групи осіб з причини расової приналежності може таким чином прирівнюватися до такого, що принижує гідність, поводження, у той час як відмінне поводження по якій-небудь іншій ознаці може не викликати таких побоювань». Суд встановив наступне: «Взявши до уваги тривалість розглянутого проміжку часу, Суд вирішив, що дискримінаційне поводження досягло такого рівня, який дозволяє класифікувати його як таке, що принижує гідність, поводження. Суд робить висновок, що була порушена стаття 3 Конвенції з причини того, що греки-кіпріоти, які проживають в районі Карпас в північній частині Кіпру, були піддані дискримінації, що є рівносильним такому, що принижує гідність, поводженню... Суд погоджується з висновком Комісії. Враховуючи аргументи, зазначені в обґрунтуванні власного рішення про порушення статті 3, Суд вважає, що немає необхідності окремо виносити рішення про те, що, по суті, є повторенням скарги, яка детально розглянута в цьому рішенні. Таким чином, Суд робить висновок, що беручи до уваги встановлення порушення по статті 3 Конвенції, немає необхідності розглядати, чи була в розглянутий період часу порушена стаття 14 Конвенції в поєднанні зі статтею 3 відносно греків-кіпріотів, що проживають в північній частині Кіпру»¹.

У справах *Timishev v. Russia* (2005 p.) і *D. H. and Others v. the Czech Republic* (2007 p.) Суд визнав проблему расової дискримінації настільки серйозною, що постановив, що «ніяка різниця у поводженні, заснована виключно або вирішальною мірою на етнічному походженні особи, не може бути об'єктивно обґрунтованою»².

В світлі традиційного пошуку Судом інтерпретаційного балансу між обов'язками держави «не порушувати» свободи та «забезпечувати» права, та відповідно між правами та свободами людини, зокрема, між правом на недискримінацію та свободою слова, ілюстративною представляється справа *P. Ivanov v. Russia*

¹ Cyprus v. Turkey. Application No. 25781/94. – ECHR Judgment of 10 May 2001. – paras. 310-315.

² Timishev v. Russia, para. 58.

(2007 р.). Заявник, громадянин Російської Федерації, Павел Иванов, 1948 року народження, власник та редактор щомісячної газети «Русское вече», яка публікувалась з 2000 р. на кошти власника у тиражі 999 екземплярів, був притягнений до відповідальності за розпалювання ненависті або ворожнечі, а також приниження людської гідності у відповідності з 282 статтею Кримінального кодексу Російської Федерації. Звинувачення базувалось на серії публікацій у вищезгаданій газеті, в якій містились закликання до виключення євреїв з соціального життя та наведення зв'язку між соціальним, економічним та політичним дискомфортом у Росії та діяльністю євреїв, а також малювалась «злаякісність» єврейської етнічної групи. Під час розгляду справи у Новгородському міському суді заявник стверджував, що він не може бути притягнений до відповідальності через представлення правдивих відомостей про жахаючу діяльність «сіюно-фашистського» правління євреїв та бажання просвітити громадян про факти, які були приховані «сіюно-фашистами», в тому числі щодо Голокосту. У вересні 2003 р. міський суд Новгороду виправдував П. Иванова на підставі відсутності доказів авторства відповідних матеріалів. Але вже у жовтні 2003 р. Новгородський обласний суд скасував виправдувальний вирок. У грудні 2003 р. міський суд відмовив у клопотанні заявника щодо проведення нової соціо-гуманітарної та авторської експертизи публікацій. У лютому 2004 р. заявник направив клопотання до міського суду щодо проведення історично-соціальної експертизи, яка б мала відповісти на наступні питання: чи є євреї расою; чи є євреї нацією; якщо євреї є нацією, то з якого історичного періоду; чи є євреї в Росії нацією чи іудейською діаспорою; чи можуть прикметник «національний» або термін «національна гідність» бути використані до членів іудейської діаспори. Клопотання було відхилено, крім того, судом зауважено, що «представники всіх націй, національностей або етнічних груп володіють національною гідністю, яка визначається їх національною самосвідомістю, на основі якої вони ідентифікують себе як членів цієї етнічної групи». Суд визнав заявника винним та засудив до трьох років ув'язнення за розпалення расової, національної та релігійної ворожнечі; вирок було підтримано судом вищого рівня. Заявник у своїх контраргументах продовжував стверджувати, що він не може бути винним, адже «євреї не є расою або нацією» і згодом подав скаргу до Європейського суду з прав

людини про порушення Російською Федерацією статті 13 Європейської конвенції (право на ефективний засіб юридичного захисту), мотивуючи це тим, що рішення національного суду ґрунтувалось на суперечливих результатах експертиз та в процесі розгляду справи йому було відхилено у клопотанні про проведення експертизи щодо визнання євреїв нацією. Іванов заявив про порушення статті 14 Конвенції, стверджуючи, що він зазнав дискримінації через його релігійні переконання.

Європейський суд щодо скарги П. Іванова постановив наступне: «Суд не має сумніву щодо явно антисемітського характеру поглядів заявника та погоджується з національними судами, що він розпалював ненависть до єврейського народу через свої публікації. Подібна загальна та несамовита атака на представників певної етнічної групи є несумісною з основоположними цінностями Конвенції, зокрема толерантністю, соціальним миром та недискримінацією. Так, Суд, у відповідності зі статтею 17 [заборона зловживання правами], приймає рішення щодо незастосовності у цьому випадку статті 10 [захисту прав свободи слова]». Щодо порушення статті 14, Суд зазначив, що «у відповідності до встановленої практики Суду, стаття 14 не має незалежного застосування... У цій справі скарга заявника щодо основних матеріальних норм Конвенції була визнана неприйнятною, що означає, що заява про порушення статті 14 не може бути розглянута... та має бути відхилена як така, що не відповідає у сенсі *ratione materiae* положенням Конвенції, згідно зі статтею 35, параграфами 3 та 4»¹.

Не дивлячись на сувору позицію щодо расової дискримінації, на практиці було дуже мало справ, в яких судом було визнане порушення статті 14 у зв'язку з расовою дискримінацією. У справі *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* (1985 p.) Суд відмовився прийняти до уваги докази непрямой дискримінації за ознакою расової належності, аргументуючи це тим, що оспорювана норма законодавства, що відноситься до імміграційних правил, за формою була нейтральною, хоча заявники стверджували, що вона мала наслідком непряму расову дискримінацію, в силу того, що вони – представники певної расової групи – страждали від цієї норми у непропорційно великій мірі. Суд відкинув це тверджен-

¹ Pavel Ivanov v. Russia. Application No. 35222/04. – ECHR Decision (First Section) of 20 February 2007.

ня, знайшовши інші пояснення даному непропорційному впливу, включаючи аргумент про те, що деякі етнічні групи просто кількісно перевершують інші групи¹. Суд вирішив, що розглянуті імміграційні правила застосовувалися до всіх людей без розрізнення їх за ознакою расового або етнічного походження, і що при встановленні правил в'їзду в країну правомірно надавати перевагу особам, які мають з нею міцний зв'язок.

Важливим кроком у становленні заборони дискримінації в європейській системі захисту прав людини було закріплення загальних антидискримінаційних гарантій у Протоколі № 12 2000 р. до Конвенції, згідно з яким, «здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою; ніхто не може бути дискримінований будь-яким органом державної влади за будь-якою ознакою...» (ст. 1)². Не дивлячись на потенціальні можливості, обумовлені широким тлумаченням дискримінації у даному Протоколі, практика Суду щодо розгляду справ про його порушення є обмеженою.

У справі *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (2009) (позивачами було оскаржено положення Боснійської Конституції, згідно з якими у виборах до Президії та Палати народів не мають право брати участь представники «інших», ніж «державоутворюючих» (constituent) народів – боснійців, хорватів та сербів, – зокрема євреї та роми) Європейський Суд, вперше застосувавши загальне положення про заборону дискримінації відповідно до Протоколу № 12, встановив порушення владою держави-відповідача вимог статті 1 Протоколу № 12 про загальну заборону дискримінації та вимог статті 14 Конвенції у взаємозв'язку зі статтею 3 Протоколу № 1 до Конвенції «Право на вільні вибори». Обидва заявники є громадянами Боснії і Герцеговини, під час розгляду справи в Європейському суді вони були відомими громадськими діячами. Заявники,

¹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom, paras. 84-86.

² Офіційний вісник України від 23.08.2006. – 2006. – № 32. – С. 460 (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2000). – CETS No. 177).

перший з яких мав циганське походження та другий – єврейське, скаржилися, що, незважаючи на наявність у них досвіду, який дозволяв їм обіймати найвищі виборні посади в країні, положення Конституції не дозволяли їм висувати свої кандидатури на такі посади з огляду на їхнє етнічне походження.

Суд, розглядаючи справу, встановив, що така заборона була введена для досягнення миру в умовах політичної нестабільності, проте з тих часів становище в Республіці Боснія і Герцеговина значно покращилось, і отже не відповідає вимогам Конвенції. Це рішення, вочевидь, матиме вплив на оскарження у майбутньому іншими меншинами норм національного права, що обмежують їх права.

Зокрема, Суд зазначив, що застосування у цій справі статті 1 Протоколу № 12 є можливим: «Тимчасом як стаття 14 Конвенції забороняє дискримінацію при користуванні «правами та свободами, визнаними в цій Конвенції», стаття 1 Протоколу № 12 поширює гарантії захисту на «будь-яке передбачене законом право», встановлюючи таким чином загальну заборону дискримінації. Отже, незалежно від того, чи підпадали вибори до Президії під дію статті 3 Першого протоколу, ця скарга стосувалася «передбаченого законом права» і тому стаття 1 Протоколу № 12 є застосовною»¹. Суд підкресливши, що внаслідок того, що заявники у справі, що розглядається, через свою неналежність до «державоутворюючого народу», позбавилися також права балотуватися на виборах до Президії, постановив, що поняття дискримінації, забороненої статтею 14, має тлумачитися так само як і поняття дискримінації, забороненої статтею 1 Протоколу № 12, й отже підстави, на яких слід визнати дискримінаційними конституційні положення щодо неможливості заявників балотуватись до Президії та Палати народів є ідентичними².

Незважаючи на позитивні тенденції, статистика Європейського суду з прав людини свідчить про те, що розуміючи всю серйозність проблеми расової дискримінації, Суд і Комісія рідко встановлювали факт порушення у справах, пов'язаних її проявами. Більшість скарг на расову дискримінацію були відкинута Су-

¹ Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina. – Application Nos. 27996/06, 34836/06. – ECHR Judgment of 22 December 2009, paras. 53-54.

² Ibid., paras. 54-56.

дом внаслідок сформованого підходу до стандартів доказування дискримінації. Як показує практика, найчастіше так відбувалося у справах, пов'язаних з непрямою дискримінацією та расово-мотивованим насильством. Втім, Судом неодноразово було підкреслено роль держави у протидії будь-яким формам прояву дискримінації або упередженого ставлення як найважливішої.

Ліквідація всіх форм дискримінації як невід'ємний компонент міжнародного захисту прав людини стала одним з найбільш нагальних завдань у сучасному світі. Обов'язок держави захищати осіб, що перебувають під її юрисдикцією, від проявів дискримінації є фундаментальним принципом міжнародного антидискримінаційного права. Україна, яка зіткнулась з проблемою росту дискримінаційної поведінки, повинна належним чином імплементувати стандарти боротьби з дискримінацією, визнані міжнародною спільнотою та розроблені міжнародними судовими органами, зокрема, у практиці Європейського суду з прав людини.